



**University of  
Zurich<sup>UZH</sup>**

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht: unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruch**

Büchler, Andrea ; Frei, Marco

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-52675>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Büchler, Andrea; Frei, Marco (2011). Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht: unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruch. Jusletter, 12(28.09.2011):online.

Prof. Dr. Andrea Büchler / Marco Frei

## **Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs**

---

Der Beitrag geht unter Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs der Frage nach, wann das Leben im juristischen Sinne beginnt beziehungsweise ab welchem Zeitpunkt seiner Entwicklung dem Menschen ein subjektives Lebensrecht zusteht. Nach einem historischen Rückblick, der auf die schon immer dagewesene Vielfalt der Perspektiven eingeht, werden verschiedene Positionen in der philosophischen Literatur, der juristischen Lehre und der Rechtsprechung dargestellt. Schliesslich wird für die extrauterine Lebensfähigkeit als entscheidende Zäsur für den subjektiv-rechtlichen Lebensschutz plädiert.

---

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Andrea Büchler / Marco Frei, Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, in: Jusletter 29. August 2011

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Der Lebensbeginn aus rechtshistorischer Sicht
  - I. Antike
  - II. Mittelalter und Neuzeit
  - III. Zusammenfassung
- C. Zeitgenössische Debatten über den Zeitpunkt des Lebensbeginns
  - I. Philosophische Debatte
    - 1. Die «Person» als Schlüsselbegriff
    - 2. Ausdehnung der Rechtsträgerschaft auf potenzielle Personen?
      - 2.1 Speziesargument
      - 2.2 Kontinuumsargument
      - 2.3 Identitätsargument
      - 2.4 Potenzialitätsargument
    - 3. Schutz potenzieller Personen trotz Ablehnung der Rechtsträgerschaft
  - II. Rechtswissenschaftliche Debatte
    - 1. Physiologisch-ontologisch orientierte Ansätze
      - 1.1 Befruchtung
      - 1.2 Nidation
      - 1.3 Beginn des «Hirnlbens»
      - 1.4 Extrauterine Lebensfähigkeit
      - 1.5 Geburt
    - 2. Interessenorientierte Ansätze
- D. Ausblick
  - I. Extrauterine Lebensfähigkeit als Zeitpunkt des Lebensbeginns
  - II. Folgerungen für die Ausgestaltung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs
- E. Schlusswort
- Literaturverzeichnis

## A. Einleitung

[Rz 1] Die Frage, wann das Leben im juristischen Sinne beginnt beziehungsweise ab welchem Zeitpunkt seiner Entwicklung der Mensch vom Recht als Individuum erfasst wird, ist von grosser Bedeutung: Fundamentale Persönlichkeitsrechte wie das Recht auf Leben schützen anerkanntermassen nicht die Menschheit an sich, sondern den individuellen Menschen, die einzelne Rechtsperson.

[Rz 2] Die Meinungsvielfalt zur aufgeworfenen Frage ist beträchtlich. Kirchliche Kreise sehen regelmässig bereits in der befruchteten Eizelle ein Individuum mit dem Recht auf Leben und sprechen der schwangeren Frau konsequenterweise jedes Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch ab<sup>1</sup>. Dieser Ansicht zufolge sind alle menschlichen Wesen Rechtspersonen. Ganz anders sieht es dagegen der Philosoph MICHAEL TOOLEY. Er geht davon aus, die Tötung füge einem Lebewesen Schaden zu, weil der Tod all seine persönlichen Ziele, Hoffnungen und Wünsche zu Nichte macht. Ein subjektives Lebensrecht stehe deshalb nur solchen Wesen zu, die den aktuellen Wunsch haben, in der Zukunft fortzuleben. Das sei

nur denkbar, wenn ein Wesen «über den Begriff des Selbst als eines fortdauernden Subjekts von Erfahrungen verfügt und (...) glaubt, selbst ein solches Wesen zu sein»<sup>2</sup>. Wesen, die sich nicht als dasselbe Ding begreifen, das zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten denkt, sind nach TOOLEYS Definition keine Rechtspersonen und besitzen auch kein Lebensrecht. Folglich werden Embryonen, Föten und Neugeborene nicht vom Begriff der Person erfasst.

[Rz 3] Die nachfolgenden Ausführungen gehen davon aus, dass die Frage nach dem Beginn des Lebens in rechtlicher Sicht nicht ohne Berücksichtigung des kulturellen Kontextes verstanden oder beantwortet werden kann. Es soll zunächst kurz aufgezeigt werden, welche Zäsuren in den weltlichen und kirchlichen Rechtstraditionen Europas den Beginn des menschlichen Lebens – verstanden als den Beginn eines absoluten subjektiv-rechtlichen Lebensschutzes – markierten. Danach wird die zeitgenössische Debatte zum Thema nachgezeichnet und der Blick in die Zukunft gerichtet.

## B. Der Lebensbeginn aus rechtshistorischer Sicht

### I. Antike

[Rz 4] Die Frage, ab welchem Zeitpunkt seiner Entwicklung der Mensch in der Rechtsgeschichte als eigenständige Rechtsperson mit einem absoluten Lebensrecht betrachtet wurde, lässt sich anhand der Historie des Verbots des Schwangerschaftsabbruchs illustrieren, denn unerwünschte Schwangerschaften stellen offenbar ein Menschheitsproblem dar. Schon in altägyptischen Schriftrollen gibt es Hinweise auf abtreibende Substanzen<sup>3</sup>. Auch im antiken Griechenland wurden Schwangerschaftsabbrüche praktiziert<sup>4</sup> und von bedeutenden Vertretern der griechischen Philosophie legitimiert<sup>5</sup>. So war diese Verhaltensweise zum Beispiel für PLATON

---

<sup>1</sup> Zur aktuellen Haltung der christlichen Konfessionen zum pränatalen Lebensschutz vgl. DEMEL, SABINE, Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation. Weltliches und kirchliches Recht auf dem Prüfstand, Stuttgart 1995, 21 ff.; MÜLLER-TERPITZ, RALF, Der Schutz des pränatalen Lebens. Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbeurteilung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, Tübingen 2007, 72 ff.

<sup>2</sup> TOOLEY, MICHAEL, Abtreibung und Kindstötung, in: LEIST, ANTON (Hrsg.), Um Leben und Tod. Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, Frankfurt a.M. 1990, 157 ff., 167.

<sup>3</sup> NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Stellungnahme zur Fristenregelung, Bern 2002, 2 (<http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 17. April 2011).

<sup>4</sup> Wie die antike Medizin den Schwangerschaftsabbruch bewertete, ist nicht letztgültig geklärt. Zwar verbietet der hippokratische Eid den Ärzten die Abgabe von abtreibenden Substanzen explizit, jedoch finden sich im «Corpus Hippocraticum» auch vielfältige Hinweise darauf, dass der Schwangerschaftsabbruch in praxi eine medizinische Standardmassnahme darstellte (JEROUSCHEK, GÜNTER, Lebensschutz und Lebensbeginn: Die Geschichte des Abtreibungsverbots, Tübingen 2002, 27, m.w.H.).

<sup>5</sup> Zur Betrachtung der Leibesfrucht in der antiken Philosophie im Allgemeinen vgl. DEMEL, 16 ff.; JEROUSCHEK, 24 ff.; KINDL, MANFRED, Philosophische Bewertungsmöglichkeiten der Abtreibung, Berlin 1996, 46 ff.; MÜLLER-TERPITZ, 444 ff.

ein ethisch neutrales Instrument der Bevölkerungskontrolle<sup>6</sup>. Entsprechend blieb der Schwangerschaftsabbruch in der griechischen Antike grundsätzlich straflos, jedenfalls wenn der Kindsvater seine Zustimmung dazu erteilt hatte. Gleiches galt im alten Rom: Schwangerschaftsabbrüche mit Genehmigung des Vaters wurden nicht geahndet, hingegen konnte eine Frau, welche gegen den Willen ihres Ehegatten abgetrieben hatte, bestraft werden. Der Fötus galt bis zur Geburt als Bestandteil der mütterlichen Eingeweide, über welche die Mutter aber nicht selbst verfügen konnte. Erst mit der Geburt und der Anerkennung durch den pater familias wurde er zur eigenständigen Rechtsperson<sup>7</sup>.

[Rz 5] Das römische Recht schützte also gleich wie das griechische keine personalen Rechte des Fötus. Im Vordergrund standen der Schutz bevölkerungspolitischer Allgemeininteressen und väterlicher Individualinteressen. Dieser Befund gilt für den griechisch-römischen Rechtskreis jedoch nicht uneingeschränkt, denn einzelne Philosophen sprachen dem Fötus durchaus eine gewisse Schutzwürdigkeit zu. So wertete beispielsweise ARISTOTELES die Spätabtreibung als Verstoss gegen die guten Sitten. Er setzte den Marchstein bei der Empfindungsfähigkeit: War diese vermutungsweise gegeben, sprach er von Leben. Er siedelte den Lebensbeginn also im Kontinuum der Schwangerschaft an, was sich durch einen Blick auf seine gedanklichen Prämissen erklären lässt. ARISTOTELES war Anhänger der sogenannten Sukzessivbeseelungstheorie, derzufolge die Beseelung des Menschen stufenweise erfolgt. Nach der aristotelischen Vorstellung ist die menschliche Seele in drei verschiedene Teile gegliedert, namentlich in die Ernährungsseele, die Wahrnehmungsseele und die Denkseele. Pflanzen haben nur eine Ernährungsseele, Tiere darüber hinaus eine Wahrnehmungsseele, und nur der Mensch allein verfügt zusätzlich über eine Denkseele, sofern er denn vollständig entwickelt ist<sup>8</sup>. Ein menschlicher Embryo ist nach der Sukzessivbeseelungslehre des ARISTOTELES im Sinne der Metamorphosevorstellung mit einer Pflanze vergleichbar, da er lediglich im Besitze einer Ernährungsseele ist. Demgegenüber gewinnt der fortgeschrittene Fötus eine Wahrnehmungsseele dazu und durchläuft nach dieser Vorstellung das Tierstadium. Erst im Endstadium einer Schwangerschaft beziehungsweise mit der Geburt tritt die Denkseele hinzu. Ab dem Tierstadium untersagte ARISTOTELES die Abtreibung eines Fötus – jedenfalls eines gesunden – aus sittlichen Gründen<sup>9</sup>. Im Übrigen hielt ARISTOTELES weibliche Föten ab dem 80. Tag nach der Konzeption für

beseelt, männliche dagegen bereits ab dem 40. Tag nach der Konzeption<sup>10</sup>.

[Rz 6] Die Theorie des ARISTOTELES war im antiken griechischen und römischen Recht praktisch wenig bedeutsam. Eine Aufwertung erlebte sie jedoch, als sie durch die frühchristliche Lehre mit neutestamentarischen Grundsätzen verbunden wurde. Nach dem neuen Testament hatte Maria «durch Gott in Gestalt des Heiligen Geistes empfangen, sie war nicht einfach schwanger, sondern gesegneten Leibes»<sup>11</sup>. Der Prozess der Menschwerdung wurde der göttlichen Rechtssphäre zugeordnet; ein Schwangerschaftsabbruch war demzufolge ein Verstoss gegen die Autorität Gottes, ein Sakrileg<sup>12</sup>. Damit war das ungeborene Leben, allerdings unter Berücksichtigung der aristotelischen Beseelungsfristen, der menschlichen Verfügungsgewalt entzogen. Es dauerte jedoch einige Zeit, bis sich die christlichen Vorstellungen vom ungeborenen menschlichen Leben im profanen Rechtsdenken etablieren konnten, denn bekanntlich hatte erst Kaiser Konstantin im 4. Jahrhundert das Christentum zur Staatsreligion erhoben. So wurde der Schwangerschaftsabbruch im Jahr 314 auf der Synode von Ankara erstmals als Tötung bezeichnet<sup>13</sup>.

[Rz 7] Trotz der radikalen Umbewertung des Schwangerschaftsabbruchs durch die christliche Lehre – vom ethisch neutralen Instrument der Bevölkerungspolitik zur Tötung – muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass der Fötus im christlichen Rechtsdenken gleich wie im griechischen und römischen nicht um seiner selbst willen geschützt wurde. Protegiert wurde vielmehr der eigentumsrechtliche Anspruch Gottes an seinem Geschöpf. Die Abtreibung war ein Eingriff in die göttliche Rechtssphäre, und das ungeborene Leben damit der menschlichen Verfügungsgewalt entzogen<sup>14</sup>.

[Rz 8] Später wurde die Frage nach der Legitimation des Schwangerschaftsabbruchsverbots an diejenige nach dem Rechtsstatus des Embryos geknüpft. Dies war die Konsequenz der Septuagintaübersetzung des Alten Testaments in die griechische Sprache, die, vom hebräischen Ausgangstext divergierend, dem Embryo ab dem Zeitpunkt Menschlichkeit zuschrieb, ab welchem er menschliche Formen aufweist. Die herrschende christliche Lehre terminierte diesen Zeitpunkt im Einklang mit der aristotelischen Sukzessivbeseelungslehre auf den 40. bzw. 80. Tag nach der Konzeption, je nachdem, ob es sich um einen männlichen oder um einen weiblichen Fötus handelte<sup>15</sup>.

---

<sup>6</sup> PLATON, Der Staat, in: GIGON, OLOF (Hrsg.), Zürich/München 1973, 274. PLATON qualifiziert sogar die Kindstötung als legitimes bevölkerungspolitisches Instrument (a.a.O.).

<sup>7</sup> KINDL, 50 f.; JEROUSCHEK, 32 f.

<sup>8</sup> ARISTOTELES, Von der Zeugung und Entwicklung der Tiere, Aalen 1978, 149, 153.

<sup>9</sup> Zum Ganzen KINDL, 49 f.

<sup>10</sup> ARISTOTELES, 339.

<sup>11</sup> JEROUSCHEK, 34.

<sup>12</sup> KINDL, 55.

<sup>13</sup> KINDL, 55 f.

<sup>14</sup> JEROUSCHEK, 190.

<sup>15</sup> JEROUSCHEK, 190 f.

## II. Mittelalter und Neuzeit

[Rz 9] Die ausgehende Antike kannte aufgrund des griechischen, römischen und christlichen Einflusses unterschiedliche Positionen zum Schwangerschaftsabbruch, wobei sich die aristotelische Beseelungslehre nach ihrer Rezeption durch die christliche Lehre im kirchlichen Recht schliesslich durchsetzen konnte. Sie bildete die Basis zur Bewertung der Abtreibungsfrage. Die Kirche hielt insbesondere den Schwangerschaftsabbruch nach erfolgter Beseelung für ein strafwürdiges Vergehen<sup>16</sup>. Allerdings wurde auch die Abtreibung des Fötus vor der Beseelung als strafwürdig erachtet, wenn die Strafe auch milder ausfiel. Letzteres war auf dem Boden der Beseelungslehre nicht zu rechtfertigen, sondern eine Folge davon, dass die «vaterrechtlich» begründete Strafbarkeit der frühen Abtreibung unhinterfragt weitertradiert wurde<sup>17</sup>. Diese Position wurde auch vom Decretum Gratiani übernommen, welches allgemein als Grundlage des kanonischen Rechts angesehen wird<sup>18</sup>. Die Kirche verhartete bis weit in die Neuzeit bei dieser Fristenlösung. Erst im Jahr 1869 wurde die Differenzierung zwischen beseeltem und unbeseeltem Fötus aus der kirchlichen Rechtsprechung verbannt: Der Papst stellte den Schwangerschaftsabbruch ab Befruchtung unter Strafe<sup>19</sup>.

[Rz 10] Was das weltliche Recht angeht, so übernahmen die bedeutendsten Rechtsbücher des Mittelalters die römisch-rechtliche Position, wonach der Mensch erst mit der Geburt zur eigenständigen Person wird<sup>20</sup>. In der weltlichen Gerichtsbarkeit des Mittelalters war der Schwangerschaftsabbruch straflos<sup>21</sup>.

[Rz 11] Auch das weltliche Zivilrecht der Neuzeit knüpfte an die römisch-rechtliche Tradition an und entsprechend galt die Geburt als das entscheidende Ereignis, das den Menschen zur rechtsfähigen Person werden liess<sup>22</sup>. Im weltlichen Strafrecht wurde jedoch die römisch-rechtliche Tradition früh von der christlichen überlagert. Dies zeigte sich in der peinlichen Gerichtsordnung 1532 des Kaiser Karls V. Dort wurde die Abtreibung eines beseelten Kindes mit dem Tod bestraft, während die Abtreibung eines noch unbeseelten Kindes nur mit einem ausserordentlichen und milden Strafmass geahndet

wurde<sup>23</sup>. Allerdings wurde offen gelassen, ab welchem Zeitpunkt das Ungeborene als beseelt bezeichnet werden konnte; die Rechtspraxis stellte auf die ersten spürbaren Kindsbewegungen ab<sup>24</sup>.

[Rz 12] Diese Fristenlösung wurde bis ins 19. Jahrhundert aufrechterhalten und – vermutlich durch die Änderung des kirchlichen Rechts beeinflusst – in der Folge wieder aufgegeben. Die Strafwürdigkeit lag nun bereits ab Beginn der Schwangerschaft vor, das heisst der Entwicklungsstand des Fötus war für die Bewertung des Delikts nicht mehr wesentlich<sup>25</sup>. Mit der durch die Aufgabe der Fristenlösung bedingten Verschärfung des Abtreibungsstrafrechts stellten sich jedoch auch Milderungen ein: Generell wurde die Abtreibung eines Fötus mit deutlich tieferen Strafen bedroht als die Tötung eines Menschen, und unter bestimmten Umständen konnte sogar von einer Strafe Abstand genommen werden, zum Beispiel wenn der Schwangerschaftsabbruch im Interesse des Lebens oder der Gesundheit der Frau vorgenommen wurde. Von einem dem geborenen Menschen gleichwertigen Lebensrecht des Fötus konnte also im weltlichen Strafrecht des späten 19. Jahrhunderts nicht die Rede sein, obwohl der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich bereits ab dem Zeitpunkt der Befruchtung geahndet wurde<sup>26</sup>.

[Rz 13] Dieser Rechtszustand war in der Schweiz bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts nahezu unbestritten<sup>27</sup>. In den 1970er Jahren wurde er erstmals in Frage gestellt. Die Volksinitiative für die «Schwangerschaftsabbrechung», die den Schwangerschaftsabbruch gänzlich entkriminalisieren wollte, wurde deutlich abgelehnt, während die Fristenlösungsinitiative in der Volksabstimmung von 1977 noch knapp verworfen wurde. Im Jahr 1993 wurde die Initiative zur Einführung einer «Fristenregelung» nochmals aufgelegt; diese verlangte die Straffreiheit für einen Schwangerschaftsabbruch in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft. Sie nahm die parlamentarischen Hürden und wurde im Jahr 2002 zur Abstimmung vorgelegt. Die Fristenlösung ist heute geltendes Recht<sup>28</sup>.

<sup>16</sup> Der Schwangerschaftsabbruch nach der Beseelung sollte mit dem *ius talionis* geahndet werden (vgl. KINDL, 56).

<sup>17</sup> JEROUSCHEK, 191; eine Abtreibung vor der Beseelung sollte nicht mit dem *ius talionis* bestraft werden, sondern durch eine Busszahlung (vgl. KINDL, 56).

<sup>18</sup> KINDL, 58.

<sup>19</sup> KINDL, 60.

<sup>20</sup> So etwa der Sachsenspiegel. Eingehend MAHR, JÜRGEN THOMAS, Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens – eine rechtsvergleichende Betrachtung, Frankfurt a.M. 2007, 43 ff.

<sup>21</sup> Indessen galt die Abtreibung im mittelalterlichen Recht mitunter als Teil einer magischen Handlung. Insofern konnte eine Abtreibung unter Umständen zu einer Verurteilung wegen Zauberei vor einem weltlichen Gericht führen (eingehend JEROUSCHEK, 53 f.).

<sup>22</sup> MAHR, 66 ff.

<sup>23</sup> KINDL, 61 f.; eingehend zur frühneuzeitlichen Fristenlösung JEROUSCHEK, 99 ff.

<sup>24</sup> MÜLLER-TERPITZ, 181.

<sup>25</sup> KINDL, 64.

<sup>26</sup> KINDL, 63 f.

<sup>27</sup> Zur Rechtslage in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert vgl. DUNCKER, MARTIN ANDREAS, Strafrechtlicher Lebensschutz *in vivo*: das ungeborene menschliche Leben als Schutzgut des Strafgesetzbuches: eine medizin-strafrechtliche Untersuchung, Hamburg 2006, 134 ff.; NATIONALE ETHIK-KOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Stellungnahme zur Fristenregelung, Bern 2002, 3 ff. (<http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 17. April 2011).

<sup>28</sup> Eingehend zu den Etappen des Gesetzgebungsprozesses SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN / HEIMGARTNER, STEFAN, N 6 ff. zu vor Art. 118 StGB, in: NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2., überarbeitete Auflage, Basel 2007; ALBRECHT, PETER Schwangerschaftsabbruch: Kriminalpolitische und rechtstheoretische Anmerkungen zur Fristenregelung, ZStrR 2002, 431 ff. zum politischen

### III. Zusammenfassung

[Rz 14] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die europäischen Rechtstraditionen keine einheitliche Antwort darauf geben, ab welchem Zeitpunkt seiner Entwicklung der Mensch als Person zu betrachten ist. In der römisch-rechtlichen Tradition gilt die Geburt als die massgebliche Zäsur für den Beginn des Lebens. In der älteren, auf der aristotelischen Lehre basierenden christlichen Tradition ist der Zeitpunkt der Beseelung entscheidend, zumal der Fötus mit der Beseelung empfindungsfähig beziehungsweise schmerzempfindlich werde. Diese Tradition hat das Abtreibungsstrafrecht entscheidend geprägt: Bis weit ins 19. Jahrhundert galt sowohl im weltlichen wie im kirchlichen Recht eine Fristenlösung. Erst im späten 19. Jahrhundert gab die Kirche die aristotelische Beseelungslehre auf und betrachtete bereits die befruchtete Eizelle als lebenden Menschen. Das weltliche Strafrecht übernahm diese Position, behandelte den Schwangerschaftsabbruch jedoch als minder schweres Tötungsdelikt und gestand der schwangeren Frau in bestimmten Notsituationen sogar die Möglichkeit eines straflosen Schwangerschaftsabbruchs zu. Zur Fristenlösung kehrte es erst zu Beginn des 21. Jahrhunderts zurück.

## C. Zeitgenössische Debatten über den Zeitpunkt des Lebensbeginns

### I. Philosophische Debatte

[Rz 15] Lange Zeit kreiste die Debatte um den Zeitpunkt des Lebensbeginns im juristischen Sinne hauptsächlich um das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs. Mit der Erfindung der In-vitro-Fertilisation in den 1960er Jahren änderte sich dies, weil diese die Frage nach dem Status extrakorporaler menschlicher Embryonen aufwirft. Die Debatte um den Status extrakorporaler Embryonen wird insbesondere in der Philosophie intensiv geführt. Die philosophische Debatte hat auch den zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Diskurs über die Frage nach dem Lebensbeginn beeinflusst und soll deshalb vorab dargestellt werden.

#### 1. Die «Person» als Schlüsselbegriff

[Rz 16] Die Frage nach dem moralischen Status des menschlichen Embryos kreist um den Schlüsselbegriff der Person. Dieser bezeichnet eine Entität, die im Gegensatz zu anderen Wesen mit Würde begabt ist und der ein Lebensrecht zusteht<sup>29</sup>. Zu welchem Zeitpunkt seiner Entwicklung der Mensch dieses Recht erwirbt, steht und fällt demnach mit seiner Qualifikation als Person. Diese Qualifikation erweist

sich jedoch als schwierig; bis heute konnte über die deskriptive Seite des Personenbegriffs beziehungsweise über die Frage, was eigentlich eine Person kennzeichnet und diese von anderen Entitäten abgrenzt, nur bedingt Einigkeit erzielt werden. Über gewisse Merkmale scheint allerdings seit der Antike Konsens zu bestehen: Personen im philosophischen Sinne sind Individuen, die über die für den Menschen typischen höheren Bewusstseinsfähigkeiten, insbesondere die Vernunftbegabung verfügen<sup>30</sup>.

[Rz 17] BOETHIUS, dessen Definition in der klassischen Philosophie den Ausgangspunkt des Verständnisses vom Mensch als Person bildete, formulierte dies wie folgt: *Persona est rationalis naturae individua substantia*, das heisst Person ist die unteilbare («individuelle») Substanz rationaler (vernünftiger) Natur<sup>31</sup>. Personale Identität wird demnach auf die unteilbare Substanz – den Menschengestalt aufweisenden Körper – bezogen, zu der das Vernunftvermögen gehört beziehungsweise mit dieser eine Einheit bildet. Dass dem Menschengestalt aufweisenden Körper das Vernunftvermögen zugehört, wird vermutet, zumal das Vernunftvermögen sinnlich nicht wahrnehmbar, eben metaphysischer Natur ist<sup>32</sup>.

[Rz 18] Gegen das metaphysische Identitätsverständnis, welches in der Person eine körperlich-geistige Einheit sieht, wendet sich 1694 JOHN LOCKE mit der These, personale Identität, das Ich oder Selbst werde erst, aber auch ausschliesslich durch das Bewusstsein, durch eine Kette von bewussten Erfahrungen konstruiert<sup>33</sup>. LOCKE formulierte dies wie folgt: «Das Ich ist das bewusst denkende Wesen, gleichviel aus

<sup>30</sup> MÜLLER-TERPITZ, 48 f.; eingehend RÜTSCHKE, BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009, 138 ff.

<sup>31</sup> BOETHIUS, in: BRASSER MARTIN (Hrsg.), Philosophische Texte von der Antike bis zur Gegenwart, Stuttgart 1999, 47 ff., 50.

<sup>32</sup> RÜTSCHKE, 138 ff.

<sup>33</sup> Die klassische dualistische Auffassung, welche im Körper und im Geist zwei unterschiedliche Phänomene sieht, wurde jedoch nicht von JOHN LOCKE, sondern von RENÉ DESCARTES im 17. Jahrhundert entwickelt. Treffend beschreibt DESCARTES den Leib-Seele-Dualismus mit dem Aphorismus «Ich denke, also bin ich». Erläuternd fügt er dem bei: «Ich erkannte daraus, dass ich eine Substanz sei, deren ganze Wesenheit oder Natur bloss im Denken besteht und die zu ihrem Dasein weder eines Ortes bedarf noch von einem materiellen Dinge abhängt, so dass dieses Ich, das heisst die Seele, wodurch ich bin, was ich bin, vom Körper völlig verschieden und selbst leichter zu erkennen ist als dieser und auch ohne Körper nicht aufhören wird, alles zu sein, was sie ist» (DESCARTES, RENÉ, Abhandlung über die Methode [1637], 3. Aufl., Leipzig 1919, 28). Die Überlegungen DESCARTES haben auch die moderne Kognitionswissenschaft beeinflusst. Nach klassischer Auffassung benötigt Intelligenz keinen Körper. Diese Auffassung ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben: «Embodiment», zu Deutsch Verkörperung oder Inkarnation, ist eine neuere These, der zufolge Intelligenz ohne einen Körper nicht denkbar ist, weil sie eine physikalische Interaktion voraussetzt (zum Ganzen HÜTHER, GERALD, Wie Embodiment neurologisch erklärt werden kann, in: STORCH, MAJA / CANTIANI, BENITA / HÜTHER, GERALD / TSCHACHER, WOLFGANG (Hrsg.), Embodiment – Die Wechselwirkung von Körper und Psyche verstehen und Nutzen, 2. Aufl. Bern 2010, 73 ff.).

Kampf um die Fristenlösung vgl. REY, ANNE-MARIE, Die Erzeugelmacherin: das 30-jährige Ringen um die Fristenregelung: Memoiren, Zürich 2007.

<sup>29</sup> KIPKE ROLAND, Mensch und Person. Der Begriff der Person in der Bioethik und die Frage nach dem Lebensrecht aller Menschen, Berlin 2001, 9.

welcher Substanz es besteht, das für Freude und Schmerz empfindlich ist und sich seiner selbst bewusst ist, das für Glück und Unglück empfänglich ist und sich deshalb so weit um sich selber kümmert, wie jenes Bewusstsein sich erstreckt»<sup>34</sup>.

[Rz 19] Insbesondere in der angelsächsischen Ethik hat das Identitätsverständnis JOHN LOCKES vorherrschende Bedeutung erlangt, und entsprechend wird die Person regelmässig als selbstbewusstes Wesen definiert. Jene Philosophen, die personale Identität als unauflösliche körperlich-geistige Einheit verstehen, sind in die Minderheit geraten<sup>35</sup>.

[Rz 20] Die Verknüpfung von «Personsein» und Selbstbewusstsein schliesst vorgeburtliches Leben und grundsätzlich auch Neugeborene aus dem Personenbegriff aus. Exklusivistische Ethiker wie beispielsweise der bereits erwähnte MICHAEL TOOLEY halten denn auch das Töten von noch nicht selbstbewussten menschlichen Wesen für moralisch unbedenklich, da diese Wesen das Leben aktuell nicht wertschätzen können und ihnen durch die (schmerzlose) Tötung entsprechend auch nichts verloren geht<sup>36</sup>. Dies widerspricht der moralischen Intuition mancher, die stattdessen versuchen – am gängigen Personenbegriff festhaltend – rationale Argumente zu finden, weshalb auch menschliche Lebewesen als Moralsubjekte anzuerkennen sind, die zwar nicht aktuell selbstbewusst sind und entsprechend noch über keine personale Identität verfügen, wohl aber zu selbstbewussten Wesen mit einer personalen Identität heranwachsen können<sup>37</sup>.

## **2. Ausdehnung der Rechtsträgerschaft auf potenzielle Personen?**

### **2.1 Speziesargument**

[Rz 21] Das erste Argument für die Ausdehnung der Moralträgerschaft auf potenzielle Personen ist das sogenannte Speziesargument. Dieses besagt, dass jeder Mensch aufgrund seiner Artzugehörigkeit Würde hat. Ein Embryo ist Mitglied der Spezies Mensch, also ist er auch Träger von moralischer Würde. Eine Spielart des Speziesarguments ist

das Argument der generischen Potenzialität, auch als «uneigentlicher Speziesismus» bezeichnet. Demzufolge ist jedes Lebewesen als Person zu betrachten, «das einer Spezies angehört, deren typische Mitglieder intelligente Wesen sind, ausgestattet mit Vernunft und Reflexion, und die durch ihre physische Ausstattung typischerweise befähigt sind, sich selbst zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten als dieselben denkenden Individuen zu betrachten.»<sup>38</sup> Im Gegensatz zur ersten Variante des Arguments begründet die zweite die Rechtsträgerschaft mit personalen Eigenschaften nicht des Embryos selbst, sondern der Spezies, welcher der Embryo angehört<sup>39</sup>.

[Rz 22] Kritiker dieses Arguments bestreiten, dass jedes Glied in der Kette eines Generationenverhältnisses einer höheren Spezies automatisch Träger von Würde sein soll. Die Spezieszugehörigkeit sei ein biologisches Faktum, aus dem kein Lebensrecht von Speziesangehörigen im Frühstadium ihrer Entwicklung abgeleitet werden könne<sup>40</sup>.

### **2.2 Kontinuumsargument**

[Rz 23] Das zweite Argument zur Ausdehnung der Moralträgerschaft auf potenzielle Personen ist das sogenannte Kontinuumsargument. Dessen Grundgedanke ist, dass es sich beim Entwicklungsprozess vom Embryo zur Person um einen graduellen Vorgang ohne scharfe Zäsuren handelt, der eine willkürfreie Abgrenzung der verschiedenen Stadien menschlicher Ontogenese unmöglich macht. Daraus ziehen die Verfechter des Arguments den normativen Schluss, dass es generell untersagt sei, nach Beginn des Entwicklungsprozesses moralische Zäsuren zu setzen<sup>41</sup>.

[Rz 24] Die Kritiker bestreiten nicht das Kontinuum menschlicher Ontogenese. Sie machen jedoch geltend, es sei auch für die Anhänger des Kontinuumsarguments notwendig, den Zeitpunkt zu bestimmen, ab welchem der Entwicklungsprozess hin zur Person seinen kontinuierlichen Lauf nimmt und entsprechend die moralische Schutzwürdigkeit des Menschen beginnt. Auch die Befruchtung, so die Kritik, sei kein punktuellere Ereignis, sondern umfasse eine gewisse Zeitspanne. Befürworte man ein generelles Verbot moralischer Zäsuren, müsse dies auch für die Befruchtung gelten. In letzter Konsequenz erlaube das Kontinuumsargument in der sich ohne Unterbruch verändernden Natur keinerlei moralische Differenzierung mehr, was das Argument an sich in Frage stelle<sup>42</sup>.

### **2.3 Identitätsargument**

[Rz 25] Das dritte Argument zum Einbezug von potenziellen

---

<sup>34</sup> LOCKE, JOHN, Versuch über den menschlichen Verstand: in vier Büchern, Hamburg 1988/2000, II.XXVII.17.

<sup>35</sup> RÜTSCHKE, 144 f. Eine Zusammenstellung der heute vertretenen dualistischen und monistischen Auffassungen findet sich bei ZIMMECK, SEBASTIAN, Die Reichweite des Lebensrechts im technologischen Zeitalter, Baden-Baden 2009, 69 ff. sowie bei KOHLER-VAUDAUX, MARYAM, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître. Etude de droit suisse, et aperçu des droits français et allemand, Diss. Zürich 2006, 20 ff.

<sup>36</sup> TOOLEY, 167.

<sup>37</sup> Der philosophische Diskurs wird nachfolgend nur abstrahierend dargestellt. Eingehende Darstellungen finden sich unter anderem bei MERKEL, REINHARD, Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, München 2002, 131 ff.; DERS., Früheuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidung über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001, 464 ff.; MÜLLER-TERPITZ, 49 ff.; RÜTSCHKE, 153 ff.

<sup>38</sup> WIGGINS, DAVID, Sameness and Substance, Oxford 1980, 188.

<sup>39</sup> Zum Ganzen MÜLLER-TERPITZ, 50 f.

<sup>40</sup> RÜTSCHKE, 188.

<sup>41</sup> Ein prominenter Anhänger des Kontinuumsarguments ist das Deutsche Bundesverfassungsgericht, vgl. BVerfGE 39, 1, 37.

<sup>42</sup> RÜTSCHKE, 190.

Personen in den Personenbegriff ist das sogenannte Identitätsargument. Es macht geltend, dass jede erwachsene Person von ihren früheren Entwicklungsstadien sagen kann: «Das war schon ich». Auch dieses Argument hat eine Schwäche, die von seinen Kritikern wie folgt umschrieben wird: «Die blossе Identität besagt nur dann in normativer Hinsicht überhaupt etwas, wenn sie eine bereits moralisch qualifizierte Identität ist. Das Argument ist zirkulär. Nur wenn vorausgesetzt wird, dass die Eigenschaft, Menschenwürde zu haben, dem Menschen wesentlich ist und nicht erst erworben wird, kann aus der Identität das Bestehen der Würde folgen. Dies ist aber genau das, was begründet werden soll»<sup>43</sup>.

## 2.4 Potenzialitätsargument

[Rz 26] Das vierte, vielleicht einflussreichste Argument in der Embryodebatte ist das sogenannte Potenzialitätsargument. Es anerkennt, dass menschliche Embryonen die meisten der üblicherweise für das Bestehen moralischer Würde vorausgesetzten Eigenschaften noch nicht aufweisen, dies sei aber bei Neugeborenen, reversibel Komatösen und generell bei schlafenden Menschen nicht anders. Weil Embryonen diese Eigenschaften aber potenziell besässen, müsse man sie so behandeln, als besässen sie sie aktuell. Dagegen wird eine Reihe von Einwänden vorgebracht. Man müsste dann nämlich konsequenterweise diversen anderen Entitäten Würde zusprechen, was wir aber nicht tun: so den Ei- und Samenzellen, da sie potenziell ein Embryo sind, der dann wiederum potenziell die Eigenschaften eines entwickelten Menschen aufweise. Zudem bedeute das potenzielle Bestehen von Eigenschaften noch nicht, dass sie sich später auch aktualisieren<sup>44</sup>.

[Rz 27] Zusammenfassend ist festzustellen, dass es bisher nicht gelungen ist, unstrittig und objektiv zu begründen, weshalb extrakorporalen Embryonen signifikante Schutzansprüche zukommen sollen<sup>45</sup>.

## 3. Schutz potenzieller Personen trotz Ablehnung der Rechtsträgerschaft

[Rz 28] Obwohl sich ein subjektives Lebensrecht des Embryos objektiv nicht begründen lässt, muss dies nicht zur Folge haben, dass der Embryo schutzlos bleibt beziehungsweise dass über dessen Existenz nach Belieben verfügt

werden darf. Dem Ungeborenen kann nämlich aus Gründen der Solidarität und der Identifizierung mit ihm ein Eigenwert zugesprochen werden. REINHARD MERKEL bezeichnet diese Solidarität als «Gattungssolidarität»<sup>46</sup>. Dieses Solidaritätsgefühl vieler Menschen gelte es zwar zu respektieren, da es jedoch nur von einem Teil der Gesellschaft empfunden werde, der Schutz embryonalen Lebens also ein Partikularinteresse darstelle, dürfe dies nicht dazu führen, dass durch den Schutz des Lebens des Embryos universelle Interessen beziehungsweise subjektive Rechte von Personen zurückgedrängt werden. Der Jurist BERNHARD RÜTSCHЕ umschreibt und begründet dies wie folgt: «Diese Vorrangregel ist Ausdruck des in der Staatsphilosophie vertrauten Prinzips, wonach das Gerechte dem Guten übergeordnet ist. Das Prinzip ist Garant einer liberalen politischen Ordnung, indem es verhindert, dass sich partikuläre Wertauffassungen, Sitten, Gebräuche, kurz: partikuläre Lebensformen gegen das Individuum wenden und dieses unterdrücken»<sup>47</sup>. Das Leben nicht rechtsfähiger Subjekte darf zwar nicht sinnlos, wohl aber dann geopfert werden, wenn dies zur Wahrung der Rechte von Personen erforderlich ist. So lässt sich beispielsweise die verbrauchende Embryonenforschung begründen, sofern sie den Zweck verfolgt, wissenschaftliche Erkenntnisse zu gewinnen, die der Feststellung, Behandlung und Verhinderung schwerer Krankheiten und so mittelbar dem Schutz der körperlichen Integrität und des Lebens von Personen dienen können. Bezogen auf die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs folgt daraus, dass die möglichen dem Fötus zugeschriebenen Interessen dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht der Frau grundsätzlich weichen müssen, jedenfalls solange der Fötus den Personenstatus nicht erlangt hat.

## II. Rechtswissenschaftliche Debatte

[Rz 29] Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bestimmt die überwiegende Zahl der Autoren die Reichweite des Lebensrechts nicht danach, ob ein Wesen selbstbewusst ist und infolge dessen einen aktuellen Lebenswunsch beziehungsweise ein Lebensinteresse hat, sondern anhand physiologisch-ontologischer Zäsuren innerhalb der menschlichen Entwicklung. Auch in der rechtswissenschaftlichen Debatte steht der moralische und rechtliche Status des Embryos im Zentrum: Ist er ab der Kernverschmelzung dem lebenden Menschen gleichzustellen oder lediglich ein Gebrauchsgegenstand? Die meisten Rechtsordnungen vertreten einen Standpunkt zwischen diesen Extremen, wonach der Embryo im Verlauf seiner Entwicklung zumindest moralischen Status erlangt. Die Spannweite der Anschauungen reicht von der Zuspreehung der Menschenwürde und des Lebensrechts ab dem Zeitpunkt der Befruchtung über graduelle Abstufungen dieses Rechts zum Beispiel ab dem Zeitpunkt der Einnistung des Embryos in die Gebärmutter oder der Ausbildung

---

<sup>43</sup> NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Stellungnahme zur Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Bern 2006, 41 (<http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 17. April 2011).

<sup>44</sup> NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Stellungnahme zur Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Bern 2006, 42 (<http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 17. April 2011).

<sup>45</sup> NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Stellungnahme zur Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Bern 2006, 42 (<http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 17. April 2011).

<sup>46</sup> MERKEL, Forschungsobjekt Embryo, 184 f.

<sup>47</sup> RÜTSCHЕ, 460.



des zentralen Nervensystems bis hin zur Geburt oder gar zum Vorhandensein des Bewusstseins als massgebende Zäsuren<sup>48</sup>.

## 1. Physiologisch-ontologisch orientierte Ansätze

### 1.1 Befruchtung

[Rz 30] Eine für die rechtswissenschaftliche Betrachtung des pränatalen Lebens bedeutsame Rolle kommt der Befruchtung zu. Die Befürworter der Befruchtung als entscheidende Zäsur für den Beginn eines subjektiv-rechtlichen Lebensschutzes argumentieren mit dem Kontinuumsargument. Der Entwicklungsprozess vom Embryo zur Person sei ein gradueller Vorgang ohne scharfe Zäsuren, der eine willkürfreie Abgrenzung der verschiedenen Stadien menschlicher Ontogenese verunmögliche, weshalb der subjektiv-rechtliche Lebensschutz ganz am Anfang der menschlichen Entwicklung ansetzen müsse<sup>49</sup>. Dem wird entgegengehalten, dass es sich auch bei der Befruchtung um einen Prozess handle, innerhalb dessen eine moralische Zäsur gesetzt werden müsse, was das Kontinuumsargument aber gerade nicht zulasse<sup>50</sup>.

[Rz 31] Die Befruchtung ist kaum geeignet, den Lebensbeginn mit Rechtsträgerschaft und rechtlichem Lebensschutz zu markieren<sup>51</sup>. Die fehlende Rechtssubjektivität der befruchteten Eizelle bedeutet aber nicht, dass diese keinen Schutz genießt. Dies zeigt die Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin oder zur Embryonenforschung deutlich, die es zum Beispiel in der Schweiz untersagt, Embryonen für andere Zwecke als für die Fortpflanzung zu erzeugen<sup>52</sup>. Die verbrauchende Embryonenforschung ist in vielen Ländern verboten<sup>53</sup>. Die Biomedizinkonvention erlegt den Vertragsstaaten gar die Pflicht auf, Embryonen angemessen zu schützen<sup>54</sup>.

Jedoch ist damit nicht dieselbe Schutzintensität verbunden, die einem Träger von Persönlichkeitsrechten zusteht, der Würde-, Identitäts- und Integritätsschutz genießt, und dessen Lebensschutz unabwägbar ist<sup>55</sup>.

### 1.2 Nidation

[Rz 32] Weiter ist der Prozess der Einnistung des Embryos in die Gebärmutter Schleimhaut, die Nidation, für die rechtswissenschaftliche Betrachtung pränatalen Lebens von Bedeutung. Die Nidation beginnt ungefähr in der zweiten Schwangerschaftswoche und endet zwischen dem 12. und 14. Tag nach der Konzeption<sup>56</sup>.

[Rz 33] Die Befürworter dieser Zäsur machen geltend, dass schätzungsweise 50 Prozent aller befruchteten Eizellen vor ihrer Einnistung absterben. Weil die Natur vor Abschluss der Nidation in umfangreicher Weise selektiert, sei es nicht Aufgabe der Rechtsordnung, dafür Sorge zu tragen, dass jede befruchtete Eizelle sich in die Gebärmutter einnisten könne. Der Begriff des menschlichen Lebens, so die Argumentation, weise ein personales Element auf, er gehe also von einem Individuum aus, das es jedoch vor dem Zeitpunkt der Nidation für gewöhnlich nicht gäbe. Die omnipotente Zelle verfüge zwar über alles, was für die Entstehung menschlichen Lebens erforderlich sei, die vorausgesetzte Individualisierung fehle ihr aber<sup>57</sup>. Nach der Einnistung allerdings sei das Lebensrecht zu gewährleisten, zumal der Prozess der Individuation praktisch zeitgleich mit ihr ihren Abschluss findet, und der Embryo die Fähigkeit zur Mehrlingsbildung verliert<sup>58</sup>.

[Rz 34] Gegen dieses «Individualitätsargument» wird allerdings vorgebracht, dass damit der Begriff des Individuums einseitig auf den Aspekt numerischer «Un-Teilbarkeit» reduziert und dabei seine weitere Wortbedeutung, «Un-Geteilt-heit», vernachlässigt werde. Diese semantische Verengung verstelle zugleich den Blick für die Tatsache, dass ein Individuum im biologischen Sinne nicht notwendigerweise durch seine physische Unteilbarkeit definiert sei, sondern in erster Linie über die Fähigkeit, als funktionelle, sich selbst organisierende Entität zu agieren<sup>59</sup>. Diese Fähigkeit sei auch dem frühen Embryo eigen, weshalb die Nidation keine rechtlich relevante Zäsur im Prozess der Menschwerdung darstellen könne.

[Rz 35] Der Zeitpunkt der Nidation ist in einigen

---

<sup>48</sup> Eine eingehende Darstellung der physiologisch-ontologisch orientierten Ansätze findet sich bei GIWER, ELISABETH, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. Eine Studie zum rechtlichen Schutz des Embryos im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten, Diss. Berlin 2001, 66 ff. Eine ausführliche Darstellung sämtlicher Begründungsansätze (soziologische, interessenorientierte, physiologisch-ontologische) findet sich bei MÜLLER-TERPITZ, 144 ff.

<sup>49</sup> MÜLLER-TERPITZ, 214 ff.

<sup>50</sup> RÜTSCHKE, 190.

<sup>51</sup> Explizit weist nur die Irische Verfassung dem ungeborenen Leben den Status eines Rechtsträgers zu (Art. 40, Sektion 3.3): «The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.»

<sup>52</sup> Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung: «Wer durch Imprägnation einen Embryo in der Absicht erzeugt, diesen zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft zu verwenden oder verwenden zu lassen, wird mit Gefängnis bestraft.»

<sup>53</sup> Zum Thema vgl. TAUPITZ, JOCHEN: Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich, Berlin 2003.

<sup>54</sup> Art. 18 Abs. 1 lautet: «Die Rechtsordnung hat einen angemessenen Schutz des Embryos zu gewährleisten, sofern sie Forschung an Embryonen in

vitro zulässt.» Und Abs. 2 desselben Artikels lautet: «Die Erzeugung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken ist verboten.»

<sup>55</sup> Eingehend zum verfassungsrechtlichen Status des Embryos in der Schweiz vgl. KOHLER-VAUDAUX, 66 ff.; HANGARTNER, Ivo, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe. Eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000, 20 ff.

<sup>56</sup> MÜLLER-TERPITZ, 200.

<sup>57</sup> COESTER-WALTJEN, DAGMAR, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230 ff., 235.

<sup>58</sup> MÜLLER-TERPITZ, 202, Fn. 319, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>59</sup> MÜLLER-TERPITZ, 192 f.

Rechtsordnungen von grosser Bedeutung. Bezüglich des Grundrechtsschutzes des Embryos führte das Deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Fristenlösungsurteil aus dem Jahr 1975 aus: «Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tag nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an. (...) Der damit begonnene Entwicklungsprozess ist ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweist und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens nicht zulässt. Er ist auch nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene z.B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG weder auf den fertigen Menschen nach der Geburt noch auf den lebensfähigen nasciturus beschränkt werden.»<sup>60</sup>

[Rz 36] Vor diesem Hintergrund mag es überraschen, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht dennoch eine strafrechtliche Regelung für verfassungsmässig erklärte, welche der schwangeren Frau relativ grossen Spielraum bei der Entscheidung pro oder contra Schwangerschaftsabbruch einräumt und sogar sogenannte «Spätabbrüche» unter bestimmten Bedingungen zulässt. Zwar statuierte das Gericht in den noch heute massgebenden Entscheidungen von 1975 und 1993 den grundsätzlichen Vorrang der Rechte des Embryos gegenüber jenen der Mutter. Menschenwürde und das Lebensrecht würden auch dem ungeborenen Leben zukommen. Doch die schwangere Frau befinde sich in einer besonderen Konfliktlage, und darauf seien die Sonderregelungen für den Schwangerschaftsabbruch zurückzuführen. Dem Gesetzgeber sei es nämlich erlaubt, die dem Lebensrecht entspringenden Schutzpflichten gegenüber dem nasciturus mit den Rechten der schwangeren Frau abzuwägen: «Die Verpflichtung des Staates zum Schutz des werdenden Lebens besteht – wie dargelegt – auch gegenüber der Mutter. Hier lässt jedoch der Einsatz des Strafrechts besondere Probleme entstehen, die sich aus der singulären Lage der schwangeren Frau ergeben. (...) Achtung vor dem ungeborenen Leben und das Recht der Frau, nicht über das zumutbare Mass hinaus zur Aufopferung eigener Lebenswerte im Interesse der Respektierung dieses Rechtsgutes gezwungen zu werden, treffen aufeinander. In einer solchen Konfliktlage, die im Allgemeinen auch keine eindeutige moralische Beurteilung zulässt und in der die Entscheidung zum Abbruch einer Schwangerschaft den Rang einer achtenswerten Grundentscheidung haben kann, ist der Gesetzgeber zur besonderen Zurückhaltung verpflichtet. Wenn er in diesen Fällen das Verhalten der Schwangeren nicht als strafwürdig ansieht und auf

das Mittel der Kriminalstrafe verzichtet, so ist das jedenfalls als Ergebnis einer dem Gesetzgeber obliegenden Abwägung auch verfassungsrechtlich hinzunehmen.»<sup>61</sup>

[Rz 37] Ähnliche Ansichten wie jene des deutschen Bundesverfassungsgerichts finden sich auch in der philosophischen und juristischen Literatur. Gewissermassen als Ausgangspunkt für die Argumentation, dass die Straflosigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen mit der singulären Situation der Schwangeren und nicht mit dem fehlenden Lebensrecht des nasciturus zu rechtfertigen sei, gilt der Aufsatz von JUDITH THOMSON aus dem Jahr 1971. Die Autorin veranschaulicht ihre Ansicht anhand des berühmt gewordenen Beispiels mit dem Geiger: «Sie wachen morgens auf und finden sich in einem Bett liegend, Kopf an Kopf mit einem bewusstlosen Geiger. Einem berühmten bewusstlosen Geiger. An ihm wurde eine bedrohliche Nierenkrankheit diagnostiziert, und die Gesellschaft der Freunde der Musik hat alle verfügbaren Patientenunterlagen durchsucht und herausgefunden, dass allein Sie die richtige Blutgruppe haben, um helfen zu können. Sie hat Sie deshalb gekidnappt, und letzte Nacht wurde der Blutkreislauf des Geigers an den Ihren angeschlossen, so dass Ihre Nieren dazu benutzt werden können, Gift ebenso aus seinem wie aus Ihrem Blut herauszuziehen. Der Krankenhausdirektor sagt jetzt zu Ihnen: Sehen Sie, wir bedauern sehr, dass Ihnen die Gesellschaft der Freunde der Musik das angetan hat – wir hätten es nie erlaubt, wenn wir davon gewusst hätten. Aber sie haben es eben getan, und jetzt ist der Geiger an Sie angeschlossen. Sie abzukoppeln würde bedeuten, ihn zu töten. Aber keine Angst, es handelt sich nur um neun Monate. Nach dieser Zeit wird er sich von seinem Leiden erholt haben und kann ohne Gefahr von Ihnen abgekoppelt werden.»<sup>62</sup>

[Rz 38] THOMSON will mit diesem Beispiel zeigen, dass es keine moralische Verpflichtung gibt, den eigenen Körper über eine längere Zeit einer anderen Person zur Verfügung zu stellen, selbst wenn letztere ein Recht auf Leben hat und den fremden Körper zum Überleben braucht. Übertragen auf den Schwangerschaftsabbruch heisst dies, dass dieser selbst dann als legitim betrachtet werden kann, wenn man dem Fötus ein Lebensrecht zuspricht. Das gilt in Analogie zum Beispiel des Geigers allerdings nur, wenn die Frau unfreiwillig schwanger geworden ist, denn der Protagonist wurde ja gekidnappt und entsprechend ohne seine Einwilligung in die Konfliktlage gebracht. In THOMSONS Argumentation ist denn auch die Unfreiwilligkeit der Schwangerschaftsbegründung von entscheidender Bedeutung: Ist die Schwangerschaft freiwillig begründet worden, auferlegt sie der Mutter die Pflicht, den Fötus auszutragen, die Abtreibung käme in diesem Fall der Tötung eines geborenen Menschen gleich<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> BVerfGE 39, 1, 37. Diese Auffassung hat das Gericht in seinem zweiten Fristenlösungsurteil von 1993 bestätigt: «Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben zu schützen. Zum menschlichen Leben gehört auch das ungeborene» (vgl. BVerfGE 88, 203, 251 f.).

<sup>61</sup> BVerfGE 39, 1, 48.

<sup>62</sup> THOMSON, JUDITH JARVIS, Eine Verteidigung der Abtreibung, 1971, in: LEIST, ANTON (Hrsg.), Um Leben und Tod, Frankfurt a.M. 1990, 107 ff., 108 f.

<sup>63</sup> THOMSON, 121.

[Rz 39] Auch in der juristischen Diskussion wird vereinzelt vertreten, das Recht der schwangeren Frau auf Abbruch der Schwangerschaft könne ein allfälliges Lebensrecht der Embryos oder Fötus überwiegen. Argumentiert wird mit der Rechtsfigur des Defensivnotstandes<sup>64</sup>. In einem solchen Notstand befindet sich, wer eine Gefahr abwehrt, die von einem Tier, einer Sache oder einem unzurechnungsfähigen menschlichen Lebewesen ausgeht. Auf den Rechtfertigungsgrund des Defensivnotstandes darf sich jedoch nur derjenige berufen, der die Gefahrenlage nicht selbst absichtlich herbeigeführt hat. Auf dieser Grundlage kann argumentiert werden, der Schwangerschaftsabbruch sei trotz Trägerschaft des Grundrechts auf Leben des Embryos dann gerechtfertigt, wenn die Schwangerschaft nicht absichtlich herbeigeführt wurde<sup>65</sup>.

### 1.3 Beginn des «Hirnlebens»

[Rz 40] Als weiterer Anknüpfungspunkt für den subjektiv-rechtlichen Lebensschutz wird gelegentlich der Beginn des «Hirnlebens» diskutiert<sup>66</sup>. Dem zugrunde liegt die Idee der «inversen Analogisierung des Lebensanfangs mit dem Lebensende menschlicher Individuen»<sup>67</sup>. Verschiedene Rechtsordnungen definieren das Ende des menschlichen Lebens durch Rückgriff auf das sogenannte (Gesamt-) Hirntod-Kriterium<sup>68</sup>. Wenn dieses Kriterium einen gut begründeten Konsens für das Ende des menschlichen Lebens darstelle<sup>69</sup>, so sei es zwecks Vermeidung normativer Doppelstandards auch auf die ethische und rechtliche Bewertung des beginnenden Lebens anzuwenden, so die Argumentation<sup>70</sup>. Hirnorganspezifische Funktionen würden ab dem 70. Tag nach Konzeption vorliegen, sodass der Fötus spätestens ab diesem Zeitpunkt als vollwertiges Mitglied der Rechtsgemeinschaft zu gelten habe<sup>71</sup>.

[Rz 41] Die Gegner dieses Anknüpfungspunktes monieren, das Hirntod-Konzept zur Todesfeststellung sei in den massgebenden Fachwissenschaften nach wie vor umstritten. Es sei nicht sachgerecht, den Tod des Menschen durch den Ausfall eines einzelnen Organs, des Gehirns, zu bestimmen; es sei vielmehr auf den irreversiblen Ausfall des gesamten menschlichen Organismus abzustellen<sup>72</sup>. Die kritischen Stimmen befürchten zudem, dass die Parallelisierung von

Lebensanfang und Lebensende, wonach die Hirnaktivität auch für den Beginn des Lebens entscheidend sein soll, im Wesentlichen der Befriedigung praktischer Bedürfnisse zu dienen habe: Am Lebensende soll ein potenzieller Organspender vor dem Absterben seiner Organe für tot erklärt werden können, und am Lebensanfang soll die medizinische Forschung den Embryo nutzen können<sup>73</sup>.

[Rz 42] Tatsächlich besteht über das Hirntotkonzept aktuell kein Konsens<sup>74</sup>. Es ist auch nicht anzunehmen, dass das Kriterium des «Hirnlebens» für die Bestimmung des Lebensbeginns konsensfähig werden könnte. Dazu kommt, dass viele Elemente der fötalen Gehirnentwicklung noch nicht geklärt sind<sup>75</sup>. Es gibt denn soweit ersichtlich auch keine Rechtsordnung, die auf dieses Kriterium abstellt.

### 1.4 Extrauterine Lebensfähigkeit

[Rz 43] Hingegen ist die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus in einigen Rechtsordnungen und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum von einiger Bedeutung. Aufgrund der aktuellen Möglichkeiten der perinatalen Intensivmedizin sind Föten bereits ab der 20. bis 22. Woche nach Konzeption ausserhalb des mütterlichen Körpers lebensfähig. In der medizinischen Praxis wird überwiegend angenommen, ab der vollendeten 24. Schwangerschaftswoche sei das extrauterine Überleben des Kindes tatsächlich realistisch. Werden Kinder vor diesem Zeitpunkt geboren, beschränkt sich die Behandlung in der Regel auf palliative Massnahmen<sup>76</sup>.

[Rz 44] Ein wichtiger Vertreter der Zäsur der extrauterinen Lebensfähigkeit für den Lebensschutz des Embryos ist der US-Supreme Court, der 1973 im Fall *Roe v. Wade*<sup>77</sup> entschied, dass das Recht auf Privatsphäre auch die freie Entscheidung der Frau für einen Schwangerschaftsabbruch umfasse. Allerdings sei das Recht, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, nicht absolut, sondern dürfe eingeschränkt werden, sofern ihm wichtige Interessen entgegenstehen, namentlich der Schutz der Gesundheit der schwangeren Frau oder der Schutz der Potenzialität menschlichen Lebens<sup>78</sup>. Daraus zog das Gericht den folgenden Schluss: In den ersten drei Monaten der Schwangerschaft steht das Recht auf einen Abbruch umfassend der betroffenen Frau zu; im zweiten Trimester darf der Staat den Schwangerschaftsabbruch regeln, allerdings nur soweit dies zum Schutz der

---

<sup>64</sup> Eingehend zur Diskussion MERKEL, Forschungsobjekt Embryo, 93 ff.; RÜTSCHKE, 497 ff.

<sup>65</sup> So SEELMANN, KURT, Haben Embryonen Menschenwürde?, in: KETTNER, MATHIAS (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a.M. 2004, 63 ff., 79 f.

<sup>66</sup> SASS, HANS-MARTIN, Hirntod und Hirnleben, in: DERS. (Hrsg.), Medizin und Ethik, Stuttgart 1989, 160 ff.

<sup>67</sup> MÜLLER-TERPITZ, 182.

<sup>68</sup> So auch die Schweiz, vgl. Art. 9 Abs. 1 Transplantationsgesetz.

<sup>69</sup> SASS, 164.

<sup>70</sup> SASS, 167 f.

<sup>71</sup> SASS, 173.

<sup>72</sup> MÜLLER-TERPITZ, 184.

<sup>73</sup> MÜLLER-TERPITZ, 184.

<sup>74</sup> Eingehend zur Kontroverse um das Hirntod-Konzept: HOFF, JOHANNES / IN DER SCHMITTEN, JÜRGEN, Kritik an der Hirntod-Konzeption. Plädoyer für ein menschenwürdiges Todeskriterium, in: DIES (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium, Hamburg 1994.

<sup>75</sup> Dazu BÜCHLER, ANDREA / FREI, MARCO, Ethische und rechtliche Aspekte der Transplantation fötalen menschlichen Hirngewebes, SZG 2008 (11), 145 ff., 149, m.w.H.

<sup>76</sup> Eingehend DUNCKER, 294 ff.

<sup>77</sup> 410 US 113 ff. (auszugsweise abgedruckt in EuGRZ 1974, 52 ff.).

<sup>78</sup> 410 US 113, 162 f.

schwangeren Frau nötig ist; und nach Beginn des finalen Trimesters, also mit Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit des nasciturus, darf der Staat den Schwangerschaftsabbruch einschränken oder sogar untersagen, sofern dieser zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit der schwangeren Frau nicht notwendig ist<sup>79</sup>. Zusammenfassend räumte das Oberste Gericht den Einzelstaaten die Möglichkeit ein, die Interessen des nasciturus ab dem Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit mit jenen der schwangeren Frau auf eine Stufe zu stellen. In einer kurz darauf ergangenen Entscheidung relativierte das Gericht dies allerdings wieder, indem es den Gesundheitsbegriff auch auf das emotionale, psychologische, familiäre und altersbezogene Wohlergehen der schwangeren Frau erstreckte, und damit die möglichen Gründe für einen Abbruch auch im finalen Trimester weit fasste<sup>80</sup>.

[Rz 45] Nebst dem US-amerikanischen Recht anerkennen auch einige europäische Rechtsordnungen die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus als entscheidende Zäsur im Lebensschutzkonzept an. So ist im niederländischen Strafgesetzbuch die Abtreibung eines vermutlich lebensfähigen nasciturus der Tötung eines geborenen Menschen gleichgestellt<sup>81</sup>. Mit Ablauf der 24. Schwangerschaftswoche vermutet das Gesetz, dass der Fötus lebensfähig ist<sup>82</sup>. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Schwangerschaftsabbruch ohne weiteres erlaubt. Ähnliche Bestimmungen wie in den Niederlanden bestehen in Norwegen und Schweden; in diesen Ländern wird der schwangeren Frau ab Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus keine Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch mehr erteilt<sup>83</sup>. Erwähnenswert ist weiter Grossbritannien, das einen eigenen Straftatbestand der Tötung eines lebensfähigen Ungeborenen kennt<sup>84</sup>.

[Rz 46] Im Deutschen Recht spielt die biologisch-physiologische Zäsur der extrauterinen Lebensfähigkeit insofern eine Rolle, als die schwangere Frau<sup>85</sup> sich nicht nach § 218 StGB strafbar macht, sofern sie den Abbruch nach Beratung (§ 219 StGB) von einem Arzt vornehmen lässt und seit der Empfängnis nicht mehr als 22 Wochen vergangen sind (§ 218a Abs. 4). Der Schwangerschaftsabbruch ist zwar gleichwohl rechtswidrig, wird aber nicht geahndet.

[Rz 47] Beachtenswert ist weiter der folgende Fall: In Frankreich begab sich eine schwangere Frau zu einer Routineuntersuchung ins Krankenhaus. Der behandelnde Arzt verwechselte sie mit einer am selben Tag für die operative Entfernung einer Spirale angemeldeten Patientin. Er begann

ohne vorgängige Untersuchung mit der Operation und verletzte die Fruchtblase, was zum Verlust einer grossen Menge Fruchtwasser und schliesslich auch des Fötus führte. Der Arzt wurde wegen fahrlässiger Tötung des Ungeborenen angeklagt. Von der ersten Instanz wurde er freigesprochen, von der zweiten aber mit der Begründung verurteilt, dass eine Handlung oder Unterlassung, welche den Tod eines 20 bis 24 Wochen alten Fötus zur Folge hat, als fahrlässige Tötung angesehen werden müsse, weil der Fötus in diesem Stadium der Schwangerschaft schon eine Person sei. Das Kassationsgericht hob den Entscheid der Vorinstanz jedoch wieder auf, weil es den Begriff der Person nur auf geborene Menschen angewandt wissen wollte. Die Frau gelangte daraufhin an den EGMR und monierte eine Verletzung des Rechts auf Leben gemäss Art. 2 EMRK. Im Entscheid Vo gegen Frankreich<sup>86</sup> verneinte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jedoch eine Verletzung von Art. 2 der Konvention, weil es den Vertragsstaaten einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Bestimmung des Beginns des Lebens nicht aberkennen wollte<sup>87</sup>.

[Rz 48] Die Argumente, welche für die extrauterine Lebensfähigkeit als entscheidende Zäsur im Lebensschutzkonzept sprechen, sind beachtlich: Durch die extrauterine Vitalität wird der Fötus zwar nicht zu einem tatsächlichen Mitglied der Rechtsgemeinschaft, wohl aber zu einem solchen, das über die aktuelle Potenzialität dazu verfügt. Zudem beseitigt die Anerkennung dieser Zäsur Wertungswidersprüche. Rechtsordnungen, welche das Lebensrecht des Fötus erst mit seiner Geburt entstehen lassen, tolerieren es regelmässig, dass der lebensfähige Fötus im Mutterleib abgetötet und danach die Geburt eingeleitet wird. Würde die Geburt aber zuerst eingeleitet und der Fötus erst dann getötet, würde die dafür verantwortliche Person wegen vorsätzlicher Tötung bestraft. Zu welchen schwer nachvollziehbaren rechtlichen Ergebnissen dieser Wertungswiderspruch führt, zeigte sich im sogenannten Oldenburger-Fall<sup>88</sup>: Ein 25 Wochen alter Fötus überlebte einen Schwangerschaftsabbruch, der nach deutschem Recht zulässig war. Der Arzt liess das Kind in der Folge einfach liegen, bis ein anderer Arzt ungefähr zehn Stunden nach dem Abbruch sich des Kindes annahm und lebensrettende Massnahmen einleitete. Das Kind überlebte. Jener Arzt, welcher den Abbruch vorgenommen hatte, wurde später von einem Gericht wegen unterlassener Hilfeleistung verurteilt. Dass die Rechtsordnung dem Arzt die Abtreibung des Kindes im Mutterleib erlaubt, ihn aber im Falle deren Fehlschlagens wiederum dazu verpflichtet, das Leben desselben Kindes zu schützen, ist paradox<sup>89</sup>.

---

<sup>79</sup> 410 US 113, 163 f.

<sup>80</sup> Doe v. Bolton, 410 US 179, 191 f.

<sup>81</sup> § 82a des niederländischen Strafgesetzbuches

<sup>82</sup> DUNCKER, 300 f.

<sup>83</sup> DUNCKER, 301 f.

<sup>84</sup> Vgl. eingehend DUNCKER, 302 f.

<sup>85</sup> Für den Arzt gilt diese Privilegierung nicht.

---

<sup>86</sup> EuGRZ 2005, 568 ff.

<sup>87</sup> Vgl. auch KOHLER-VAUDAUX, 41 ff., welche sich eingehend mit der Frage auseinandersetzen, wann das menschliche Leben gemäss Art. 2 EMRK beginnt.

<sup>88</sup> Amtsgericht Oldenburg, Strafbefehl vom 29. März 2004, - 46 Cs 137 Js 276/98 (83/04), vgl. ZfJ (13) 2004, 117 ff.

<sup>89</sup> MERKEL, Früheuthanasie, 238.

[Rz 49] Obwohl einiges für die Anerkennung der extrauterinen Lebensfähigkeit als Trennlinie zwischen objektiv- und subjektiv-rechtlichem Lebensschutz spricht, gibt es dagegen auch beachtenswerte Kritik. Ein wichtiger Einwand ist die Variabilität, die dieser Trennlinie innewohnt. Die Zäsur der extrauterinen Lebensfähigkeit hat sich mit der fortschreitenden medizinischen Entwicklung stetig nach vorne verschoben. Zudem kann diese Zäsur je nach Aufenthaltsort der Mutter variieren: In der Schweiz mag die perinatale Versorgung einer 25 Wochen alten Frühgeburt gewährleistet sein, in vielen Entwicklungsländern jedoch nicht. Soll der in der Schweiz gezeugte Fötus sein Lebensrecht nun verlieren, wenn die Mutter in der 26. Schwangerschaftswoche nach Kambodscha fliegt? Die Intuition sagt nein; die Gewährung des Lebensrechts kann nicht von solchen akzidentiellen Faktoren abhängig sein. Dem muss allerdings entgegengehalten werden, dass die Rechtsfähigkeit nicht nur am Anfang, sondern auch am Ende des Lebens von akzidentiellen Gegebenheiten abhängig ist: Wer in einem Entwicklungsland einen Herzinfarkt erleidet, hat in der Regel ebenfalls schlechtere Aussichten, die erforderliche medizinische Hilfe zu erhalten als in der Schweiz. Zudem ist es infolge der Territorialität des Rechts immer möglich, dass der Fötus durch einen Umzug sein Lebensrecht verliert, unabhängig davon, ab welchem Zeitpunkt eine Rechtsordnung dieses schützt<sup>90</sup>.

## 1.5 Geburt

[Rz 50] Im römischen Recht wurde der subjektiv-rechtliche Lebensschutz mit der Geburt begründet. Diese Position wird auch in der zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Literatur vertreten. Zur Begründung wird nebst der Tradition angeführt, dass der Fötus durch die Geburt, das heisst durch die Lostrennung vom mütterlichen Körper ein Mehr an biologischer Autarkie erlange. Vor der Geburt seien die austragende Frau und der nasciturus eine untrennbare Einheit, weswegen letzterer nicht als eigenständiges Rechtssubjekt, sondern lediglich als unselbständiger Teil der schwangeren Frau anzusehen sei<sup>91</sup>.

[Rz 51] Die Gegenseite argumentiert, die Geburt stelle keine wichtige Zäsur in der Entwicklung des Menschen dar; sie spiele unter biologisch-physiologischen Gesichtspunkten keine massgebliche Rolle. Der nasciturus verfüge im Endstadium der Schwangerschaft über dieselben kognitiven, sensorischen und physiologischen Fähigkeiten wie das neugeborene Kind. Insbesondere beeinflusse die Geburt den Stoffwechselprozess sowie die Gehirn- und Herzfunktionen in keiner Weise<sup>92</sup>. Zudem verwahrt sich die Gegenseite

gegen die Auffassung, der nasciturus sei Teil des mütterlichen Körpers, er sei vielmehr eine vom mütterlichen Organismus abgrenzbare biologische Entität, was sich etwa darin manifestiere, dass der Fötus im Mutterleib sterben, die Mutter dagegen überleben oder andersrum die Mutter sterben und der Fötus überleben könne. Der Fötus sei zwar vom mütterlichen Organismus de facto abhängig, diesem Umstand könne jedoch für den normativen Lebensschutz keinerlei Bedeutung zukommen. Abhängigkeit sei ein alltägliches Phänomen, etwa im Arzt-Patienten-Verhältnis oder im Mutter-Kind-Verhältnis, ohne dass dies einen Einfluss auf das Lebensrecht des abhängigen Menschen habe<sup>93</sup>.

[Rz 52] Tatsächlich ist der Fötus grundsätzlich dasselbe Wesen, ob er sich nun innerhalb oder ausserhalb des mütterlichen Körpers befindet. Er weist die gleichen menschlichen Züge auf, ob wir sie nun sehen können oder nicht, und verfügt über dieselbe Fähigkeit, Schmerz zu empfinden. Ein zu früh geborenes Kind kann sogar weniger weit entwickelt sein als ein nasciturus vor dem regulären Geburtstermin. Die Meinung, das Frühgeborene dürfe unter keinen Umständen getötet werden, der entwickelte Fötus jedoch schon, mutet daher seltsam an.

[Rz 53] Dies gilt jedoch nur unter biologisch-physiologischen und normativen Gesichtspunkten. Historische, soziologische und pragmatische Argumente sprechen gemäss vielen Autoren durchaus dafür, den subjektiv-rechtlichen Lebensschutz mit der Geburt beginnen zu lassen. So entspreche es der Dialektik von Individuum und Gesellschaft, dass letztere nur solche Wesen aufnimmt und mit eigenen Rechten ausstattet, die mit ihr interagieren und kommunizieren können. Der hohe soziale Stellenwert der Geburt zeige sich denn auch darin, dass dieser Tag für gewöhnlich gefeiert werde, und nicht etwa jener der Zeugung, der Einnistung oder der möglichen Überlebensfähigkeit ausserhalb des Körpers der Mutter<sup>94</sup>. Im Weiteren sei die Geburt eine sehr klare, statische und für jedermann sichtbare Zäsur für den Beginn der Rechtsfähigkeit des Individuums<sup>95</sup>. Nicht zuletzt aufgrund der genannten historischen, soziologischen und pragmatischen Argumente, aber auch weil das Lebensrecht des Fötus nicht mehr mit den Rechten der Mutter in Konflikt kommen kann, anerkennt die überwiegende Zahl der europäischen Rechtsordnungen die Geburt als Zäsur für den Beginn eines absoluten und unabwägbaren subjektiv-rechtlichen Lebensschutzes an.

[Rz 54] So auch die Schweiz. Art. 31 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) ist die einzige Norm, die den Beginn und das Ende der Persönlichkeit<sup>96</sup> explizit regelt. Die

<sup>90</sup> MÜLLER-TERPITZ, 179 f.

<sup>91</sup> So etwa RÜPKE, GISELHER, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz. Eine Antwort auf das in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.2.1975 ungelöste Verfassungsproblem, Frankfurt a.M. 1975, 146 f.

<sup>92</sup> MÜLLER-TERPITZ, 173 f.

<sup>93</sup> MÜLLER-TERPITZ, 174 f.

<sup>94</sup> RÜPKE, GISELHER, Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung. Erwiderung auf ROBERT SPAEMANN «Am Ende der Debatte um § 218 StGB» (ZRP 1974, 49 ff.), ZRP 1974, 73 ff., 74 f.

<sup>95</sup> HOERSTER, NORBERT, Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1995, 132 f.

<sup>96</sup> Der Begriff «Persönlichkeit» bezeichnet in diesem Fall einen rechtsfähigen

Bestimmung gilt seit Inkrafttreten des ZGB im Jahr 1912 und ist bis heute unverändert geblieben, was von einer hohen Akzeptanz dieser Rechtsnorm zeugt<sup>97</sup>. Der Schöpfer des ZGB orientierte sich bei seinem Erlass an den kantonalen Zivilgesetzen<sup>98</sup>, die ihrerseits die römisch-rechtliche Tradition verkörpert. Wie entscheidend die römisch-rechtliche Tradition das moralische Empfinden des historischen Gesetzgebers prägte, geht aus einem Votum des Gesetzesredaktors EUGEN HUBER anlässlich der Beratung des Personenrechts im Nationalrat deutlich hervor: «In betreff dieses Abschnittes, der von Art. 32 bis 39 reicht, sind nur wenige Punkte in dem einleitenden Referat zu berühren, denn es versteht sich von selbst, dass in der Hauptsache diese Ordnung durch die Natur der Dinge gegeben ist. Durch Geburt und Tod werden eben Anfang und Ende der Persönlichkeit ohne weiteres bestimmt.»<sup>99</sup>

[Rz 55] Art. 31 ZGB trägt die Überschrift «Geburt und Tod». Der Wortlaut seines ersten Absatzes lautet wie folgt: «Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode». Es müssen drei Bedingungen gegeben sein, damit ein menschliches Lebewesen die zivilrechtliche Persönlichkeit erlangt, wobei nur zwei im ersten Halbsatz des Art. 31 Abs. 1 ZGB explizit angesprochen sind: Die Geburt muss vollendet sein, was mit dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem mütterlichen Körper gegeben ist; das Wesen muss leben, was als gegeben erachtet wird, wenn das Kind nach Vollendung der Geburt Lebenszeichen zeigt, namentlich indem die Lungenatmung einsetzt; das geborene Lebewesen muss ausserhalb des mütterlichen Körpers überlebensfähig beziehungsweise entwicklungsfähig sein. Vor diesem Zeitpunkt sprechen Lehre und Rechtsprechung in der Regel nicht von einem Kind. Entsprechend erlangt ein Fötus, der vor Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit aus dem mütterlichen Körper austritt und Lebenszeichen wie zum Beispiel Herzschläge aufweist, die Rechtsfähigkeit grundsätzlich nicht. Sind die Voraussetzungen jedoch erfüllt, so handelt es sich um eine Person, der sämtliche zivilen Persönlichkeitsrechte zustehen, insbesondere ein unabwägbares Recht auf Leben<sup>100</sup>.

---

Menschen. Regelungsgegenstand des Art. 31 Abs. 1 ZGB ist daher, ab welchem Zeitpunkt seiner Entwicklung der Mensch fähig ist, eigene Rechte und Pflichten zu haben, und zu welchem Zeitpunkt er diese Fähigkeit wieder verliert.

<sup>97</sup> RÜTSCHKE, 478.

<sup>98</sup> HUBER, EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1932–1937, 100 f.

<sup>99</sup> AB 1905 I 468.

<sup>100</sup> Die Bestimmung äussert sich darüber hinaus aber auch zur Rechtsstellung des nasciturus, und zwar in ihrem Absatz 2, der wie folgt lautet: «Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird». Die herrschende juristische Lehre interpretiert diese Vorschrift dahingehend, dass das Kind vor der Lebendgeburt keine eigenen Rechte hat, die Rechtsfähigkeit des Kindes nach erfolgter Lebendgeburt jedoch auf den Zeitpunkt seiner Konzeption zurückwirkt (BÜCHLER/FREI, 151 f.; RIEMER, HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl., Bern 2002, N 123). Diese Rückwirkung ist

[Rz 56] Es stellt sich die Frage, ob sich der zivilrechtliche Befund im Strafrecht bestätigt. Art. 111 bis 117 StGB schützen Leib und Leben der Person. Geschütztes Rechtsgut der daran anschliessenden Bestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch (Art. 118 bis 120) ist dagegen nicht das Leben der Person, sondern das Leben des Fötus<sup>101</sup>. Wann das «Personsein» beginnt, ergibt sich indirekt aus Art. 116 StGB, welcher von der Kindstötung handelt. Nach dieser Norm wird eine Tötung «während des Geburtsvorganges» bereits als Kindstötung qualifiziert. Im Unterschied zum Zivilrecht, das personales Leben erst mit der vollendeten Lebendgeburt beginnen lässt, wird menschliches Leben im Strafrecht als «Kind» bezeichnet, sobald der Geburtsvorgang begonnen hat. Bei einer natürlichen Geburt ist dies der Fall, wenn die Eröffnungswehen einsetzen, und bei einem Kaiserschnitt, wenn der ärztliche Eingriff beginnt<sup>102</sup>.

[Rz 57] Nur wer eine Person tötet oder verletzt, begeht ein Tötungs- oder Körperverletzungsdelikt, und muss mit Strafen bis zu lebenslänglichem Freiheitsentzug rechnen. Wer hingegen eine Schwangerschaft abbricht, wird deutlich milder und unter Umständen überhaupt nicht bestraft: Gemäss der im Jahr 2002 eingeführten Fristenlösung ist der Schwangerschaftsabbruch im ersten Trimester der Schwangerschaft mit Einwilligung der Schwangeren gänzlich straflos (Art. 119 Abs. 2 StGB), und in den zwei folgenden Trimestern ebenfalls, sofern der Abbruch indiziert ist (Art. 119 Abs. 1 Satz 1 StGB). Die Beurteilung der Frage, ob eine Indikation für einen Spätabbruch gegeben ist, liegt weitgehend im Ermessen des behandelnden Arztes, wobei der Arzt die Interessen des Fötus um so stärker zu gewichten hat, je weiter die Schwangerschaft fortgeschritten ist (Art. 119 Abs. 1 Satz 2 StGB). In der Praxis wirkt sich dies dahingehend aus, dass 24 Prozent der Schweizer Spitäler Abbrüche nur bis zur 12. Schwangerschaftswoche durchführen, weitere 19 Prozent nur bis zur 18. Woche und weitere 46 Prozent bis zur 24. Woche. 20 Prozent nehmen Schwangerschaftsabbrüche in sehr seltenen Ausnahmefällen auch nach der 24. Schwangerschaftswoche noch vor, nämlich wenn das Leben der schwangeren Frau bedroht ist oder der Fötus eine letale fetale Anomalie aufweist<sup>103</sup>.

---

notwendig, da das geborene Kind ansonsten nicht aus eigenem Recht gegen andere Menschen vorgehen könnte, die ihm in der pränatalen Phase Schäden zugefügt haben, die sich auch postnatal noch negativ auswirken (vgl. dazu eingehend MANNSDORFER, THOMAS, Pränatale Schädigung: Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, Diss. Freiburg 2000, 55 ff.). An der Tatsache, dass das menschliche Leben im zivilrechtlichen Sinne erst mit Vollendung der Geburt beginnt, ändert der zweite Absatz des Art. 31 ZGB jedoch nichts (anderer Ansicht sind jedoch KOHLER-VAUDAUX, 187 ff. sowie DESCHENAUX, HENRI / STEINAUER, PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001, 143 f., die davon ausgehen, dass das Kind bereits von der Konzeption an rechtsfähig ist, die Rechtsfähigkeit jedoch wieder verliert, sofern es nicht lebend geboren wird).

<sup>101</sup> DUNCKER, 160 ff.

<sup>102</sup> Eingehend DUNCKER, 197 ff.

<sup>103</sup> REY, ANNE-MARIE / SEIDENBERG, ANDRÉ, Schwangerschaftsabbruch: die Praxis

[Rz 58] De facto scheint der Fötus demnach bereits ab der 24. Schwangerschaftswoche ein subjektives Lebensrecht zu haben, de iure entsteht das Lebensrecht jedoch erst mit der Geburt, und zwar sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht. Für das Strafrecht wird dem zuweilen entgegengehalten, dass die Sonderregelungen für den Schwangerschaftsabbruch einzig darauf zurückzuführen seien, dass sich die schwangere Frau in einer besonderen Konfliktlage befinde<sup>104</sup>. Die Regelungen des schweizerischen Strafrechts legen dies aber nicht nahe: Art. 119 StGB regelt den Abbruch der Schwangerschaft mit Einwilligung der Frau, Art. 118 StGB dagegen die Abtreibung durch eine Drittperson ohne Einwilligung der Frau. Auffallend ist, dass das Gesetz jenem Täter, der ohne Einwilligung der Frau vorsätzlich einen Schwangerschaftsabbruch herbeiführt, deutlich tiefere Strafen androht als jenem Täter, der einen geborenen Menschen tötet. Die tiefere Strafandrohung kann ihren Grund zweifelsohne nicht in der besonderen Konfliktlage der schwangeren Frau haben, denn davon ist ja nur sie betroffen. Deshalb ist festzustellen, dass der Gesetzgeber dem nasciturus kein dem geborenen Menschen gleichwertiges Lebensrecht zugesteht. Vielmehr ist auch im Strafrecht die Geburt als entscheidende Zäsur zu betrachten, mit der das Leben im juristischen Sinne beginnt<sup>105</sup>.

## 2. Interessenorientierte Ansätze

[Rz 59] Dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum sind auch Stimmen zu entnehmen, die nicht am traditionellen Personenverständnis des BOETHIUS anknüpfen, sondern sich an jenem von JOHN LOCKE orientieren. Die Zuschreibung eines Lebensrechts hängt danach nicht von physiologisch-ontologischen Kriterien ab, relevant ist vielmehr, ob der einzelne Mensch kraft seines Selbstbewusstseins einen Lebenswunsch beziehungsweise ein Interesse am Leben hat.

[Rz 60] Einen interessensorientierten Ansatz vertritt REINHARD MERKEL. Gemäss MERKEL sind rein äussere, biologische Merkmale als Anknüpfungskriterien für die Zuschreibung eines Lebensrechts nicht tauglich. Es müsse sich um mentale Eigenschaften handeln, die das eigene Überleben für den Menschen wünschbar oder schätzbar machen. Die Eigenschaften müssten dem Menschen ein Interesse am Leben vermitteln. Wer zwar lebe, aber seine eigene Existenz nicht erlebe, habe kein Interesse am Leben und könne durch die Tötung nicht verletzt werden. Subjektive Rechte bezweckten aber gerade, den Rechtsinhaber vor Verletzungen zu schützen. Wer nicht verletzt werden könne, dem stehe folglich auch kein subjektives Recht zu<sup>106</sup>.

[Rz 61] Für die Anerkennung eines Lebensinteresses und

damit eines Lebensrechts erachtet MERKEL die Erlebensfähigkeit des menschlichen Wesens als ausreichend. Er bezeichnet diese auch als Empfindungs- oder Wahrnehmungsfähigkeit. Im vorhandenen «Empfindungsstrom» manifestiere sich der «élan vital», und jede Unterbrechung dieses Stroms könne vom empfindenden Wesen als Verletzung eines gewissen Interesses am Fortbestand dieser Empfindungen beziehungsweise an der Weiterexistenz überhaupt angesehen werden. Werden diese Empfindungen «als angenehm oder lustvoll erfahren (...), dann bedeutet das lustvolle der Erfahrung eo ipso ein gewisses «Wollen» ihrer Fortdauer.»<sup>107</sup> Etwa ab der 20. Schwangerschaftswoche verfüge der Fötus über ein neuronales System, das subjektive Wahrnehmungen zulasse<sup>108</sup>. Aus der Wahrnehmungsfähigkeit resultiere ein minimales Lebensrecht, was wiederum die Zuschreibung eines absoluten Lebensrechts rechtfertige<sup>109</sup>.

[Rz 62] Diesem Ansatz wird zunächst entgegengehalten, dass auch höher entwickelte Tierarten Angenehmes oder Lustvolles zu empfinden vermögen. Trotzdem spreche kaum jemand den Tieren ein absolutes Lebensrecht zu<sup>110</sup>. Weiter wird kritisiert, dass die konsequente Anwendung des MERKELSCHEN Ansatzes bedeute, dass auch geborene Menschen, welche die Empfindungsfähigkeit nie besessen (zum Beispiel Anenzephalie) oder wieder verloren haben (zum Beispiel irreversibel Komatöse), vom Personenstatus ausgeschlossen würden<sup>111</sup>. Die Richtigkeit dieses Arguments wird auch von den Befürwortern des interessensorientierten Ansatzes nicht in Abrede gestellt. Sie berufen sich jedoch auf das ethische Prinzip des Normschutzes (Tötungsverbot), das ihrer Ansicht nach gebietet, alle geborenen Menschen gleichmässig in den Schutzraum von Recht und Ethik einzubeziehen. Weshalb in diesem Zusammenhang eine Differenzierung zwischen geborenen und ungeborenen Menschen gemacht wird, bleibt allerdings unbegründet<sup>112</sup>.

## D. Ausblick

### I. Extrauterine Lebensfähigkeit als Zeitpunkt des Lebensbeginns

[Rz 63] Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Meinungsvielfalt zum Lebensbeginn im juristischen Schrifttum, der Judikatur und dem gesetzten Recht beträchtlich ist. REINHARD MERKELS interessensorientierte Betrachtungsweise hat auf den ersten Blick einiges für sich. Der Gedanke,

der Spitäler und Kliniken in der Schweiz, Schweizerische Ärztezeitung (91) 2010, 551 ff., 552.

<sup>104</sup> BVerfGE 39, 1, 48.

<sup>105</sup> RÜTSCHKE, 488 f.

<sup>106</sup> Ausführlich MERKEL, Früheuthanasie, 440 ff.

<sup>107</sup> MERKEL, Früheuthanasie, 460.

<sup>108</sup> MERKEL, Früheuthanasie, 461, 503 f., 509, mit weiteren Hinweisen auf die naturwissenschaftliche Literatur.

<sup>109</sup> MERKEL, Früheuthanasie, 462 f.

<sup>110</sup> MÜLLER-TERPITZ, 167.

<sup>111</sup> MÜLLER-TERPITZ, 168 f.

<sup>112</sup> MÜLLER-TERPITZ, a.a.O.

dass das subjektive Lebensrecht des Menschen mit dem Einsetzen der Empfindungsfähigkeit beginnt, erscheint intersubjektiv nachvollziehbar. Zudem ist dieses Konzept in der Kultur Europas tief verwurzelt, denn es entspricht im Wesentlichen der Sukzessivbeseelungslehre des ARISTOTELES, welche sowohl im weltlichen als auch im kirchlichen Abtreibungsstrafrecht bis ins 19. Jahrhundert anerkannt war.

[Rz 64] REINHARD MERKELS Ansatz hat jedoch auch Schwächen. Richtiger Ansicht nach folgt aus der Empfindungsfähigkeit eines Lebewesens noch kein absolutes Lebensrecht, sondern lediglich ein Recht auf Schmerzvermeidung<sup>113</sup>. Ein Schwangerschaftsabbruch, der für den Fötus mitunter schmerzlos ist, würde dem Recht auf Schmerzvermeidung nicht entgegenstehen. Zudem würden durch die konsequente Anwendung dieses Ansatzes auch nicht empfindungsfähige geborene Menschen aus dem Schutzbereich des Tötungsverbotes ausgegliedert.

[Rz 65] Schlüssiger ist unseres Erachtens jener ontologische Begründungsansatz, der das Lebensrecht des Fötus mit seiner extrauterinen Lebensfähigkeit beginnen lässt. Der Minimalkonsens in unserem Kulturkreis scheint darin zu bestehen, dem Menschen spätestens ab der Geburt ein absolutes Lebensrecht zuzugestehen. Weil die Geburt keine massgeblich ontologische Zäsur in der Entwicklung des Fötus darstellt, ist es naheliegend, die Zäsur in der Lebensfähigkeit zu sehen. In praktischer Sicht unterscheiden sich die Ansätze jedoch nur geringfügig. MERKEL geht davon aus, die Empfindungsfähigkeit sei ungefähr ab der 20. Schwangerschaftswoche vorhanden<sup>114</sup>, und die medizinische Wissenschaft betrachtet einen Fötus grundsätzlich ab der 24. Schwangerschaftswoche als extrauterin lebensfähig<sup>115</sup>.

## II. Folgerungen für die Ausgestaltung des Rechts des Schwangerschaftsabbruchs

[Rz 66] Schliesslich ist die Frage zu diskutieren, wie sich die Auffassung, das Lebensrecht des Fötus beginne mit der extrauterinen Lebensfähigkeit, auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs auswirkt.

[Rz 67] Danach steht dem Fötus vor der 24. Schwangerschaftswoche<sup>116</sup> kein selbständiges Lebensrecht zu, er ist nicht als eigenständige Entität, sondern ganz im Sinne der römisch-rechtlichen Tradition als Teil des mütterlichen Körpers aufzufassen. Berücksichtigt man weiter den allgemein anerkannten Grundsatz, dass das Recht die Verhältnisse unter den Rechtsgenossen regelt und nicht das Verhältnis der Rechtsgenossen zu sich selbst, kann der Staat der

schwangeren Frau den Schwangerschaftsabbruch nicht untersagen und dieser bleibt straflos, sofern die Frau darin eingewilligt hat<sup>117</sup>. Treibt jemand den Embryo ohne ihre Einwilligung ab, verletzt der Täter den Körper der schwangeren Frau und ist nach dem einschlägigen Körperverletzungstatbestand zur Verantwortung zu ziehen.

[Rz 68] Hingegen hat der Fötus entsprechend diesem Ansatz nach der 24. Schwangerschaftswoche ein selbständiges Lebensrecht. Treibt jemand den extrauterin lebensfähigen Fötus ab, ohne dass die schwangere Frau darin eingewilligt hat, verletzt der Täter nicht nur den Körper der Frau, sondern auch das Lebensrecht des Fötus und ist konsequenterweise nach dem einschlägigen Tötungstatbestand zu bestrafen<sup>118</sup>. Willigt die Frau jedoch in den Schwangerschaftsabbruch ein, ist zu diskutieren, ob es Prinzipien oder Gründe gibt, die trotz des Lebensschutzes des Fötus den Abbruch zu rechtfertigen vermögen, sei dies das Konzept des Defensivnotstands oder aber das Prinzip, dass niemand dazu verpflichtet werden kann, einem anderen seinen Körper oder Teile desselben zur Verfügung zu stellen, selbst wenn der andere den Körper oder die Körperteile zum Überleben benötigt. Ausdrückliche Anerkennung hat dieses letztere Prinzip im Transplantationsgesetz erfahren. So schreibt Art. 8 Abs. 1 lit. a des Gesetzes vor, dass einer verstorbenen Person nur dann Organe zu Transplantationszwecken entnommen werden dürfen, wenn sie der Entnahme zu Lebzeiten zugestimmt hat. Das gilt selbst dann, wenn das Organ für das Überleben eines anderen Menschen unerlässlich ist<sup>119</sup>. Wenn es nach Meinung des Gesetzgebers den Menschen nicht zumutbar ist, nach dem Tod zwangsweise zur Organspende herangezogen zu werden, weshalb sollte man der schwangeren Frau die Pflicht auferlegen dürfen, ihren Körper zu Lebzeiten dem Fötus zur Verfügung zu stellen? Eine solche Pflicht ist kaum zu rechtfertigen. Demnach ist der Frau grundsätzlich ein jederzeitiges Recht auf Abbruch der Schwangerschaft zuzuerkennen, selbst wenn der Fötus bereits extrauterin lebensfähig ist. Dieses Recht muss die schwangere Frau jedoch – nach einem anderen allgemein anerkannten Grundsatz

---

<sup>113</sup> Eingehend zum Recht auf Schmerzvermeidung RÜTSCH, 266 ff.

<sup>114</sup> MERKEL, Früheuthanasie, 461, 503 f., 509.

<sup>115</sup> DUNCKER, 297 f.

<sup>116</sup> Zum Themenkreis der gesetzlichen Festlegung eines verbindlichen Richtwertes für die extrauterine Lebensfähigkeit vgl. DUNCKER, 304 ff.

<sup>117</sup> Das Leben des Fötus muss dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht weichen, jedenfalls solange der Fötus den Personenstatus nicht erlangt hat.

<sup>118</sup> Zur Möglichkeit der Ausweitung der Tötungstatbestände auf den ex utero lebensfähigen Fötus vgl. DUNCKER, 352 ff.

<sup>119</sup> Zwar wird vereinzelt vertreten, dass sich die Organentnahme ohne Zustimmung über den allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Notstandshilfe legitimieren lässt, wenn die Entnahme zur Rettung des Lebens des potenziellen Empfängers erfolgt (Nachweise bei SEELMANN, KURT, Organtransplantation – die strafrechtlichen Grundlagenprobleme, in: SEELMANN, KURT / BRUDERMÜLLER, GERD (Hrsg.), Organtransplantation, Würzburg 2000, 29 ff., 38, Fn. 25). Dem kann allerdings nicht gefolgt werden, denn Rechtfertigungsgründe sind nur ausnahmsweise gegeben und nicht anwendbar auf Fälle, die relativ häufig vorkommen. Eine regelmässige Praxis lässt sich nicht mit einem Rechtfertigungsgrund legitimieren bzw. dieser vermag die gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen, welche nach Art. 36 Abs. 1 BV für einen Grundrechtseingriff notwendig ist.



der Rechtsordnung – möglichst schonend ausüben, das heisst, sie muss das Lebensrecht des Fötus bei der Rechtsausübung beachten und wenn möglich wahren. Für den Arzt bedeutet dies, dass er auf Verlangen der Frau jederzeit die Schwangerschaft beenden darf, jedoch das Leben des Kindes zu schützen hat, wenn dies mit Blick auf das Kindeswohl geboten ist, was mitunter die vorzeitige Einleitung der Geburt verlangt.

## E. Schlusswort

[Rz 69] Die Meinungsvielfalt mit Bezug auf den Beginn des Lebensrechts und des Lebensschutzes ist gross und die medizinische Entwicklung trägt das ihre dazu bei, dass dies auch so bleiben wird. Die internationale Rechtsentwicklung zeigt, dass die extrauterine Lebensfähigkeit sich zunehmend als entscheidende Zäsur für den subjektiv-rechtlichen Schutz etabliert. Stark umstritten bleiben allerdings Fragen nach dem Schutz des vorgeburtlichen Lebens, das diese Lebensfähigkeit (noch) nicht erreicht hat.

## Literaturverzeichnis

ALBRECHT, PETER, Schwangerschaftsabbruch: kriminalpolitische und rechtstheoretische Anmerkungen zur Fristenregelung, ZStrR 2002, 431 ff.

ARISTOTELS, Von der Zeugung und Entwicklung der Tiere, Aalen 1978.

BÜCHLER, ANDREA / FREI, MARCO, Ethische und rechtliche Aspekte der Transplantation fötalen menschlichen Hirngewebes, SZG 2008 (11), 145 ff.

BOETHIUS, in: BRASSER MARTIN (Hrsg.), Philosophische Texte von der Antike bis zur Gegenwart, Stuttgart 1999, 47 ff.

COESTER-WALTJEN, DAGMAR, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230 ff.

DEMEL, SABINE, Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation. Weltliches und kirchliches Recht auf dem Prüfstand, Stuttgart 1995.

DESCARTES, RENÉ, Abhandlung über die Methode [1637], 3. Aufl., Leipzig 1919.

DESCHENAUX, HENRI / STEINAUER, PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001.

DUNCKER, MARTIN ANDREAS, Strafrechtlicher Lebensschutz in vivo: das ungeborene menschliche Leben als Schutzgut des Strafgesetzbuches: eine medizinstrafrechtliche Untersuchung, Hamburg 2006.

GIWER, ELISABETH, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. Eine Studie zum rechtlichen Schutz des Embryos im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik unter

besonderer Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten, Diss. Berlin 2001.

HANGARTNER, IVO, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe. Eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000.

HOERSTER, NORBERT, Abtreibung im säkulären Staat. Argumente gegen den § 218, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1995.

HOFF, JOHANNES / IN DER SCHMITTEN, JÜRGEN, Kritik an der Hirntod-Konzeption. Plädoyer für ein menschenwürdiges Todeskriterium, in: DIES (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium, Hamburg 1994.

HUBER, EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1932–1937.

JEROUSCHEK, GÜNTER, Lebensschutz und Lebensbeginn: Die Geschichte des Abtreibungsverbots, Tübingen 2002.

KINDL, MANFRED, Philosophische Bewertungsmöglichkeiten der Abtreibung, Berlin 1996.

KIPKE ROLAND, Mensch und Person, Der Begriff der Person in der Bioethik und die Frage nach dem Lebensrecht aller Menschen, Berlin 2001.

KOHLER-VAUDAUX, MARYAM, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître. Etude de droit suisse, et aperçu des droits français et allemand, Zürich 2006.

LOCKE, JOHN, Versuch über den menschlichen Verstand: in vier Büchern, Hamburg 1988 / 2000.

MAHR, JÜRGEN THOMAS, Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens – eine rechtsvergleichende Betrachtung, Frankfurt a.M. 2007.

MANNSDORFER, THOMAS, Pränatale Schädigung: Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, Diss. Freiburg 2000.

MERKEL, REINHARD, Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, München 2002.

MERKEL, REINHARD, Früheuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidung über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001.

MÜLLER-TERPITZ, RALF, Der Schutz des pränatalen Lebens. Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, Tübingen 2007.

NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Stellungnahme Nr. 11 / 2006, Bern Januar 2006.

PLATON, Der Staat, GIGON, OLOF (Hrsg.), Zürich/München 1973.

REY, ANNE-MARIE, Die Erzeugelmacherin: das 30-jährige Ringen um die Fristenregelung: Memoiren, Zürich 2007.

REY, ANNE-MARIE / SEIDENBERG, ANDRÉ,

Schwangerschaftsabbruch: die Praxis der Spitäler und Kliniken in der Schweiz, in: Schweizerische Ärztezeitung (91) 2010, 55 ff.

RIEMER, HANS MICHAEL, Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl., Bern 2002.

RÜPKE, GISELHER, Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung. Erwiderung auf ROBERT SPAEMANN «Am Ende der Debatte um § 218 StGB» (ZRP 1974, 49 ff.), ZRP 1974, 73 ff.

RÜPKE, GISELHER, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz. Eine Antwort auf das in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Februar 1975 ungelöste Verfassungsproblem, Frankfurt a.M. 1975.

RÜTSCHÉ, BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009.

SASS, HANS-MARTIN, Hirntod und Hirnleben, in: ders. (Hrsg.), Medizin und Ethik, Stuttgart 1989, 160 ff.

SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN / HEIMGARTNER, STEFAN, Kommentar zu Vor Art. 118 StGB, in: NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2., überarbeitete Auflage, Basel 2007.

SEELMANN, KURT, Haben Embryonen Menschenwürde?, in: KETTNER, MATHIAS (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt a.M. 2004, 63 ff.

SEELMANN, KURT, Organtransplantation – die strafrechtlichen Grundlagenprobleme, in: SEELMANN, KURT / BRUDERMÜLLER, GERD (Hrsg.), Organtransplantation, Würzburg 2000, S. 29 ff.

THOMSON, JUDITH JARVIS, Eine Verteidigung der Abtreibung, 1971, in: LEIST, ANTON (Hrsg.), Um Leben und Tod, Frankfurt a.M. 1990, 107 ff.

TOOLEY, MICHAEL, Abtreibung und Kindstötung, in: LEIST, ANTON (Hrsg.), Um Leben und Tod. Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, Frankfurt a.M. 1990, 157 ff.

WIGGINS, DAVID, Sameness and Substance, Oxford 1980.

---

ANDREA BÜCHLER / MARCO FREI Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich; Collegium Helveticum, ETH/UZH

---

\* \* \*